
KARTELLAVTAL MÅSTE KUNNA ANSES KONKURRENSRÄTTSLIGT OGILTIGA I FÖRHÅLLANDE TILL TREDJE MAN

Elisabeth Eklund*

Möjligheten att få en domstol eller skiljenämnd att åsidosätta ett avtal eller avtalsvillkor pga. konkurrensrättslig ogiltighet av ett s.k. följdavtal kan vara kommersiellt mycket viktigt för det företag eller den konsument som har ingått följdavtalet och som själv inte är part till det konkurrensstridiga agerandet. Det känns därför otillfredsställande att det inte finns någon klar svensk praxis i denna fråga. Frågan om konkurrensrättslig ogiltighet av följdavtal eller i förhållande till tredje man har som bekant varit föremål för Högsta Domstolens prövning i NJA 2004 s. 804. I det s.k. Boliden-målet fann HD att följdavtal till följd av samordnade förfaranden inte kan anses vara ogiltiga enligt konkurrenslagen även om HD ger en viss öppning för att ogiltighet kan föreligga under särskilda omständigheter. EU-domstolen har dock både före och efter detta avgörande uttalat att även följdavtal skall kunna omfattas av ogiltighetsbestämmelsen i Artikel 101.2 FEUF. Frågan är om Högsta domstolen kan komma till en annan slutsats för det fall frågan skulle prövas på nytt i ett annat sammanhang. Svea hovrätt har i två nyligen avgjorda lagakraftvunna domar funnit att konkurrensrättslig ogiltighet förelåg i förhållande till de ifrågasatta avtalen men prövade inte frågan om ogiltighet i förhållande till samordnande förfaranden. Advokat Elisabeth Eklund på Advokatfirman Delphi sammanfattar här rättsläget och kritiserar Högsta Domstolens avgörande i Boliden-målet i ljuset av EU-rätten.

* Advokat, Advokatfirman Delphi.

1. INLEDNING

Frågan om konkurrensrättslig ogiltighet debatterades intensivt bland både akademiker och praktiker både före och efter HDs avgörande i Boliden-målet.¹ Frågan har nu aktualiserats igen i och med Svea hovrätts avgöranden i mål nr FT 7412-08 och FT 7415-08, Administration av litterära rättigheter i Sverige ./ Mediearkivet Svenska Aktiebolag, domar av den 21 juni 2010 ("ALIS-målen")² som ger svar på vissa men inte alla de frågor som aktualiserades i samband med HD:s avgörande i Boliden-målet, NJA 2004 s. 804.

HD:s dom kan kritiseras utifrån tre hänseenden, nämligen att det är märkligt att inte EU-rätten skulle vara tillämplig, följdavtal bör som framgår nedan träffas av ogiltigheten oavsett om konkurrensbegränsningen är hänförlig till ett avtal eller ett samordnat förfarande och i vart fall borde förhandsavgörande ha inhämtats från EU-domstolen.

I och med att ALIS-målet endast ger svar på frågan om att konkurrensrättslig ogiltighet kan förekomma vid följdavtal hänförliga till avtal men Svea hovrätt inte tar ställning till huruvida detta är fallet även för följdavtal som bygger på samordnade förfaranden skulle jag inledningsvis som en parallell till Boliden-målet och ALIS-målen vilja belysa frågan avseende konkurrensrättslig ogiltighet av ett följdavtal utifrån ett opublicerat skiljeförfarande där omständigheterna i sak skiljde sig i mångt och mycket. Bakgrunden till den aktuella skiljetvisten var följande.

Bolaget X hade anlitat en uppdragstagare, Y, som skulle ge in en ansökan för registrering av en immateriell rättighet. Uppdragstagaren Y agerade enligt X grovt vårdslöst vid utförande av sitt uppdrag, genom att inte inom en viss föreskriven tidsfrist ge in den aktuella ansökan vilket åsamkade X stor skada i och med att möjligheten att registrera rättigheten därmed gick förlorad. När X påkallade skiljeförfarande och yrkade skadestånd av Y invände Y att Y enligt sina allmänna villkor hade en ansvarsbegränsning som begränsar skadan till Z kr. Ansvarsbegränsningen utgjorde en bråkdel av det belopp som kunde antas vara X:s framtida skada. De allmänna villkoren Y tillämpade var en blåkopia av

¹ Foad Hoseinian, Följdavtals giltighet – restriktiv eller systematisk lagtolkningsmetod?, ERT 2002 s. 749, Robert Moldén, Förutsättningar för följdavtals ogiltighet – en replik, ERT 2003 s. 337, Jan Andersson, Ogiltighet, konkurrensrätt och öppna dörrar – lässmed eller bruksanvisningar?, ERT 2003 s. 815, Jan Andersson, HD, konkurrensbegränsande avtal och följdavtals ogiltighet, ERT 2005 s. 364. Se även Erling Hjelmeng, Folgeavtaler i konkurrensretten – en kommentar till "Elleveransmålet", JT nr 1 2005–06. Intressant läsning är vidare Professor Ulf Bernitz två rättsutlåtanden i Boliden-målet, daterade den 30 september 1998 respektive 30 november 2001 som ingavs av Boliden. Birka Energi gav i sin tur ett rättsutlåtande i tvisten upprättat av docent Nils Wahl och professor Lars Pehrson, daterat den 23 januari 1998.

² ALIS överklagade domarna till Högsta domstolen men återkallade överklagandena före det att HD hade tagit ställning till frågan om prövningstillstånd.

de allmänna branschvillkor som hade utarbetats av Y:s branschförening och vilka tillämpades generellt i branschen. Ansvarsbegränsningen fanns tryckt på baksidan av en generalfullmakt där hela det allmänna villkoret fanns återgivet och t.ex. i brev där Y bekräftade lämnade uppdrag. Hade X velat förhandla om andra villkor, dvs. förhandla bort den aktuella ansvarsbegränsningen eller begära att Y skulle ta en försäkring för X:s räkning, hade detta inneburit en ökad kostnad för uppdragets utförande.

De allmänna villkoren i detta fall innebär, enligt min mening, ett konkurrensbegränsande avtal/samordnat förfarande konkurrenser emellan,³ åtminstone såvitt avser den aktuella ansvarsbegränsningen. Det allmänna villkoret hade inkorporerats i ett avtal parterna X och Y emellan (även om frågan om detta var en giltig inkorporering i sig var tvistigt mellan parterna) och utgör således även ett konkurrensbegränsande följdavtal vilket skall ogiltigförklaras enligt 2 kap. 6 § konkurrenslagen.

Innan jag närmare diskuterar förutsättningarna för när ett följdavtal skall anses konkurrensrättsligt ogiltigt anges nedan förutsättningarna för när allmänna avtalsvillkor kan anses konkurrensbegränsande (punkten 2) samt allmänt om konkurrensrättslig ogiltighet (punkten 3). Efter en diskussion kring de EU-rättsliga förutsättningarna för ogiltighet av följdavtal (punkten 4) kommenteras därefter NJA 2004 s. 804 (punkten 5). Därefter kommenteras Svea hovrätts avgörande i ALIS-målen. Artikeln avslutas med några reflektioner kring konsekvenserna av om följdavtal inte kan anses konkurrensrättsligt ogiltiga (punkten 6).

2. NÄR KAN ALLMÄNNA AVTALSVILLKOR ANSES KONKURRENSBEGRENSANDE?

2.1 EU-rättslig praxis avseende konkurrensbegränsande avtalsvillkor

Att inte bara avtal och samordnade förfaranden till syfte att koordinera priser utan även överenskommelser avseende avtalsvillkor kan vara konkurrensbegränsande går att utläsa direkt av Artikel 101.1 a) Fördraget om den Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) (tidigare Artikel 81.1. EG) där det föreskrivs:

³ I korthet kan anges följande omständigheter som stöd för att de allmänna villkoren var att anse som konkurrensbegränsande: (i) det var frågan om ett avtal/samordnat förfarande pga. samarbete inom branschföreningen, vilken var att anse som en företagssammanslutning, (ii) de allmänna villkoren syftade till att begränsa konkurrensen och hade även ett sådant resultat, (iii) agerandet med upprättandet av de allmänna villkoren hade en märkbar effekt pga. den höga anslutningsgraden för föreningens medlemmar, (iv) konkurrensen begränsades genom likriktade och prispåverkande villkor och (v) konkurrensen begränsades på den svenska marknaden.

”Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs, [...]” (min understrykning)

EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen funnit att fastställande av andra affärsvillkor står i strid med artikel 101.1 FEUF. Som exempel ur praxis kan nämnas följande avgörande.

EU-domstolen fann i dom i *FEDETAB-målet*⁴ att:

”De bestämmelser som har antagits kollektivt i fråga om betalningsfrister, såväl enligt skrivelsen av den 23 december 1971 som inom ramen för rekommendationen, har genom sitt innehåll åtminstone till syfte att på ett märkbart sätt begränsa konkurrensen, vilket är tillräckligt för att de skall omfattas av förbudet i artikel 85.1 [nu artikel 81.1], [...]” (min understrykning)

Som exempel ur Kommissionens praxis märks Kommissionens beslut i *Vimpoltu*⁵. Kommissionen uttalade där följande avseende allmänna leveransbestämmelser och betalningsvillkor (punkterna 34–35):

”The system of maximum discounts and standard delivery and payment terms [...] have the effect of preventing:

1. importers from attracting new customers by offering higher discounts or better delivery or payment terms; [...]”

Även bestämmelser avseende leveransvillkor och betalningsfrister är således att anse som konkurrensbegränsande enligt EU-rättslig praxis.

2.2 Svensk praxis avseende konkurrensbegränsande avtalsvillkor

I och med att den svenska konkurrenslagen speglar bestämmelserna i Artikel 101 TFEU anges även i 2 kap. 1 § p. 1 konkurrenslagen uttryckligen att andra affärsvillkor kan vara konkurrensbegränsande.

”Avtal mellan företag är förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat.

Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att 1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs, [...]” (min understrykning)

⁴ Förenade målen 209–215 och 218/78, van Landewijck e.a. v. Commission (Fedetab) [1980] ECR, punkt 154.

⁵ Vimpoltu, OJ L 200, 23/07/1983, punkterna 34–35.

Marknadsdomstolen fick anledning att pröva denna fråga i det s.k. bensinkartell-målet⁶ där den konstaterade att: ”Redan av författningstexten i såväl 6 § KL [idag 2 kap. 1 § konkurrenslagen, min anmärkning] som artikel 81.1 i EG-fördraget framgår att avtal eller samordnade förfaranden angående priser eller andra affärsvillkor, vari bl.a. innefattas rabatter, anses särskilt allvarliga.” (min understrykning)

Konkurrensverket har vid ett flertal tillfällen prövat överenskommelser inom ramen för branschföreningar såvitt avser affärsvillkor, särskilt inom ramen för den tidigare prövningen av icke-ingripandebesked och ansökningar om undantag, och funnit att dessa är konkurrensbegränsande. Det skall dock noteras att vissa avtal pga. omständigheterna har meddelats icke-ingripandebesked eller undantag.⁷

Bland Konkurrensverkets avgöranden där andra affärsvillkor har ansett stå i strid med 6 § konkurrenslagen (nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen) märks bl.a. följande. I beslut dnr 401/97, *Svenska Elverksföreningen m.fl.*, ålades två föreningar som samverkade om ett standardavtal för försäljning av el att upphöra med samarbetet som ansågs stå i strid med konkurrenslagen. Det var detta beslut som är bakgrund till det följdavtal som sedermera prövades i NJA 2004 s. 804. I beslut dnr 1078/93, *Föreningen Svenska Läromedelsproducenter*, prövades de allmänna leverans- och försäljningsvillkor som föreningen utfärdade och rekommenderade. KKV beviljade inte undantag. I beslut dnr 1753/93, *Sveriges Skohandlarförbund*, prövade Konkurrensverket ett samarbete avseende ett standardavtal innehållande en kassarabatt vilken inte beviljades undantag. I beslut dnr 993/93, *Wennergren-Williams m.fl.* prövades samverkan om ett avtal om normer för utomhusreklam, innefattande annulleringsavgift för avbokning. Inte heller där meddelades det begärda icke-ingripandebeskedet.

⁶ MD 2005:7.

⁷ I beslut dnr 1764/93 beviljade KKV icke-ingripandebesked för Sveriges Textilhandlareförbund, Sveriges Handelsagenters Förbund och Textilleverantörerna som rekommenderade sina medlemsföretag att tillämpa gemensamma leverans- och betalningsbestämmelser (TK 91). TK 91 innehöll allmänna affärsvillkor avseende bl.a. order, ansvar för fel/reklamation, skadestånd till konsument, befrielsegrunder och tvist. Bestämmelserna omfattade dock inte priser eller rabatter och reglerade heller inte andra affärsvillkor som i nämnvärd grad påverkade pris-sättningen. Konkurrensverket fann att TK 91 inte innehöll villkor som begränsade konkurrensen på den svenska marknaden eller fick sådan effekt. Ansökan om icke-ingripandebesked beviljades. I beslut dnr 1107/97 beviljade KKV förnyelse av undantag (dnr 1259/93) för samarbete om standardvillkor för sjö- och transportförsäkring. Undantaget villkorades med att det skulle anges tydligt att standardvillkoren endast var vägledande och att inga självriskbe- lopp skulle anges. I beslut dnr 1140/96 beviljades Truckpoolen, en branschförening för före- tag som levererar truckar och materialhanteringsutrustning, icke-ingripandebesked för Truck- poolens allmänna bestämmelser för leveranser av truckar och materialhanteringsutrustning. KKV fann att Leveransbestämmelserna efter modifiering avseende säljarens rätt till ersättning för vissa kostnadsökningar efter offertdatum inte innehöll några konkurrensbegränsningar.

Svenska domstolar och KKV har således vid upprepade tillfällen ansett att allmänna avtalsvillkor kan anses vara konkurrensbegränsande och i strid med 2 kap. 1 § KL.

3. ALLMÄNT OM KONKURRENSRÄTTSLIG OGILTIGHET

3.1 Konkurrensrättslig ogiltighet enligt EU-rätten

EU-domstolen har fastslagit att Artikel 101(1) FEUF har direkt effekt och skapar rättigheter för enskilda som domstolar och nationella konkurrensmyndigheter måste iaktta.⁸ Om ett avtal inte uppfyller förutsättningarna för undantag enligt Artikel 101(3) FEUF så är det ogiltigt. I Artikel 101(2) FEUF anges att "Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga." Det behövs inget beslut för att fastslå att ett avtal är ogiltigt utan ogiltigheten inträder med automatik.⁹ Dock har EU-domstolen fastslagit att ogiltigheten endast gäller de delar av avtalet som omfattas av Artikel 101(1) FEUF. De delar av avtalet som inte omfattas av Artikel 101(1) FEUF faller utanför EU-rätten och det är upp till den nationella domstolen om dessa bestämmelser kan åberopas eller inte.¹⁰

3.2 Konkurrensrättslig ogiltighet enligt konkurrenslagen

När är ett konkurrensbegränsande avtal ogiltigt i enlighet med 2 kap. 2 § KL?

Av 2 kap. 6 § konkurrenslagen framgår att "Avtal eller avtalsvillkor som är förbjudna enligt 1 § är ogiltiga."¹¹

Vid en första anblick kan denna bestämmelse tyckas relativt okomplicerad och även helt naturligt inbegripa följdavtal. Vad som komplicerar bilden är dock ett förarbetsuttalande, vilket som framgår nedan saknar logik.

I förarbetena till den gamla konkurrenslagen (1993:20) anges (prop. 1992/93:56 s. 76) "Enligt 3 § tredje stycket skall vad som sägs om avtal tillämpas också

⁸ Se bl.a. mål 127/73 BRT v. SABAM [1974] ECR 51, mål C453/99, Courage v. Crehan, [2001] ECR I-6297.

⁹ Se 48/72, Brasserie de Haecht mot Wilken-Janssen, [1973] ECR 777 p. 26.

¹⁰ Mål 319/82, Société de Ciments et Betons v. Kerpen & Kerpen, [1983] ECR 4173.

¹¹ I praxis har slagits fast att även avtal i strid med förbudet mot missbruk av dominerande ställning omfattas av ogiltighet, se mål nr T 33-00, Staten genom Luftfartsverket mot Scandinavian Airlines Systems. Målet kommenteras av Ulf Bernitz i ERT 2003 s. 382 ff. Se även NJA 2004 s. 735, vilket rörde frågan om Högsta domstolen borde ha meddelat prövningstillstånd och inhämtat förhandsavgörande från EU-domstolen vid LFV:s överklagande av Göta hovrätts dom. HD, som beslutade att inte i ärendet inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen, avslog LFV:s klagan över domvilla och ansökan om resning.

Kartellavtal måste kunna anses konkurrensrättsligt ogiltiga i förhållande till tredje man

på beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden av företag. Ett samordnat förfarande ger emellertid inte upphov till sådana rättsliga verkningar att ogiltighetsregeln i denna paragraf kan bli tillämplig.

Motsvarade gäller beslut som inte är rättsligt bindande. Bestämmelsen [i] denna paragraf har därför betydelse bara när det gäller avtal och rättsligt bindande beslut.”

I förarbetena till nya KL (prop. 2007/2008:135 s. 251) anges såvitt gäller ogiltighetsbestämmelsen endast att ”Paragrafen motsvarar tidigare 7 §. En under-*rubrik har förts in före paragrafen.*”

I förarbetena avskärs således, utan närmare motivering, rätten till konkurrensrättslig ogiltighet till följd av följdavtal i väldigt många situationer eftersom sådana avtal typiskt sett är baserade på just samordnade förfaranden mellan företag eller inom en branschförening och inte avtal i konkurrenslagens mening. För att visa på orimligheten i lagstiftarens uttalande kan tas följande exempel. En kartell är typiskt sett den mest allvarliga sortens konkurrensbegränsning. Låt oss som exempel ta en kartell där medlemmarna både överenskommer om priser och delar upp marknader. Detta sker inte genom ett avtal utan genom ett samordnat förfarande. Konkurrensbegränsningen drabbar givetvis kartellmedlemmarnas kunder negativt eftersom det leder till högre priser för dem. Enligt det resonemang som förs i förarbetena till den gamla konkurrenslagen skulle dock avtalen i förhållande till kartellmedlemmarnas kunder, dvs. tredje man, inte kunna ogiltigförklaras eftersom det konkurrensbegränsande agerandet i sig bygger på ett samordnat förfarande och inte ett avtal. Den enda möjligheten är att kunderna istället väljer att föra en skadeståndstalan på konkurrensrättslig grund. Som utvecklas närmare nedan kan detta inte rimligtvis ha varit lagstiftarens avsikt och står enligt min mening vidare i strid med EU-rättslig praxis.

4. EU-RÄTTSLIG PRAXIS AVSEENDE KONKURRENSRÄTTSLIG OGILTIGHET AV FÖLJDAVTAL

4.1 Konkurrensrättslig ogiltighet i förhållande till tredje man

Som anges ovan föreskriver Artikel 101.2 FEUF en ogiltighetsverkan för konkurrensbegränsande avtal men innehåller inte någon särskild skrivning i förhållande till följdavtal eller i förhållande till tredje man.

EU-domstolen fann redan på 1970-talet, i mål 22/71¹² (*Béguelin*, punkt 29) att ogiltigheten gäller även i förhållande till tredje man:

¹² Dom av den 25 november 1971 i mål 22/71, *Béguelin*, REG 1971, s. 949, punkt 29.

”Since the nullity referred to in article 85(2) [numera Artikel 81 (2)] is absolute, an agreement which is null and void by virtue of this provision has no effect as between the contracting parties and cannot be set up against third parties”. (min understrykning)

Det aktuella avgörandet, som avsåg frågan om ogiltighet i ett exklusivt återförsäljaravtal har dock av vissa författare kritiserats för att inte kunna utgöra grund för att grund för ogiltighet av följdavtal.¹³ En kritik som jag inte delar och som är felaktig, vilket jag menar framgår av EU-domstolens praxis nedan.

Att konkurrensrättslig ogiltighet måste anses gälla i följdavtal står än mer klart om EU-domstolens praxis på skadeståndsområdet under de senaste åren beaktas.¹⁴

I EU-domstolens dom i mål 453/99, (*Courage v. Crehan*, punkt 22) fann domstolen att

*”Eftersom den ogiltighet som avses i artikel 85.2 [nu Artikel 101.2 FEUF] är av tvingande karaktär har ett avtal som är ogiltigt enligt denna bestämmelse ingen verkan mellan avtalsparterna och kan inte göras gällande gentemot tredje man (se dom av den 25 november 1971 i mål 22/71, *Béguelin*, REG 1971, s. 949, punkt 29).”* (min understrykning)

Med hänvisning till det ovan angivna *Béguelin*-avgörandet fastslogs således än en gång att ogiltiga avtal inte kan göras gällande mot tredje man. Denna princip tog sig än mer klart uttryck i EU-domstolens senare dom i *Manfredi*, de förenade målen C-295/04 m.fl., dom av den 13 juli 2006, (punkterna 56–59).

Manfredi-målet var en begäran om förhandsbesked från en italiensk domstol som avsåg frågan om det var möjligt att föra en skadeståndstalan på konkurrensrättslig grund.

Denna dom är av särskilt intresse eftersom frågorna hade uppkommit i samband med talan om ersättning som bl.a. Vincenzo Manfredi hade väckt mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA för att få försäkringsbolaget att återbetala höjningar av premier för obligatoriska ansvarsförsäkringar, dvs. trafikförsäkringar, avseende skador orsakade av bilar, fartyg och mopeder då dessa höjningar genomförts med hjälp av en konkurrensbegränsande samverkan som den nationella italienska konkurrensmyndigheten hade förklarat vara otillåten. Det var således fråga om att ogiltigförklara följdavtal till en kartellöverenskommelse eller ett samordnat förfarande inom bilförsäkringssektorn. EU-domstolen uttalade sig således även vad gällde ogiltighetsaspekter av ett konkurrensbegränsande avtal respektive samordnat förfarande (punkterna 56–59):

¹³ Se bl.a. Foad Hoseinian, *Följdavtals giltighet – restriktiv eller systematisk lagtolkningsmetod*, ERT 2002 s. 754.

¹⁴ *Courage v. Crehan*-målet återopps av Professor Ulf Bernitz i ovan nämnda rättsutlåtande daterat den 30 november 2001, s. 3 ff. som stöd för att konkurrensrättslig ogiltighet skall kunna föreligga i följdavtal.

Kartellavtal måste kunna anses konkurrensrättsligt ogiltiga i förhållande till tredje man

”Det skall inledningsvis erinras om att avtal och beslut som är förbjudna enligt artikel 81 EG [nu Artikel 101 FEUF] även är ogiltiga enligt artikel 81.2 EG [nu Artikel 101.2 FEUF].

Denna ogiltighet, som var och en kan åberopa, är tvingande för rätten så fort tillämpningsvillkoren för artikel 81.1 EG [nu Artikel 101.1 FEUF] är uppfyllda och avtalet i fråga inte kan beviljas undantag enligt artikel 81.3 EG [nu Artikel 101.3 FEUF] (se, beträffande denna sista punkt, bland annat dom av den 9 juli 1969 i mål 10/69, *Portelange*, REG 1969, s. 309, punkt 10). Eftersom den ogiltighet som avses i artikel 81.2 EG [nu Artikel 101.2 FEUF] är av tvingande karaktär har ett avtal som är ogiltigt enligt denna bestämmelse ingen verkan mellan avtalsparterna och kan inte göras gällande gentemot tredje man (se dom av den 25 november 1971 i mål 22/71, *Béguélin*, REG 1971, s. 949, punkt 29). Denna ogiltighet kan dessutom beröra alla verkningar av avtalet eller beslutet, såväl bakåt som framåt i tiden (se dom av den 6 februari 1973 i mål 48/72, *Brasserie de Haecht*, REG 1973, s. 77, punkt 26, svensk specialutgåva, volym 2, s. 67, och domen i det ovannämnda målet *Courage och Crehan*, punkt 22).

Såsom domstolen erinrat om ovan i punkt 39 har artikel 81.1 EG [nu Artikel 101.1 FEUF] direkt effekt i förhållandena mellan enskilda och ger rättigheter för enskilda som de nationella domstolarna är skyldiga att skydda.

Av detta följer att var och en har rätt att inför domstol åberopa att artikel 81 EG [nu Artikel 101 FEUF] har åsidosatts (se domen i det ovannämnda målet *Courage och Crehan*, punkt 24) och därmed att en överenskommelse eller ett förfarande som är förbjudet enligt denna bestämmelse är ogiltigt.” (mina understrykningar)

Utifrån EU-domstolens domslut, särskilt mot bakgrund av dess sammanhang, följer klart att det är möjligt att få ett följdavtal ogiltigförklarat på konkurrensrättslig grund. I och med att domstolen uttalar sig i förhållande till både avtal och samordnade förfaranden, torde det inte råda någon tvekan om att samordnade förfaranden, till skillnad mot vad HD har uttalat, kan omfattas av ogiltigheten.

5. KOMMENTARER AVSEENDE HD:S DOM I *BOLIDEN*-MÅLET, NJA 2004 S. 804

5.1 Bakgrund till HD:s dom

Bakgrund till tvisten i HD kan kort sammanfattas enligt följande.

Den 13 december 1992 träffade Boliden ett elleveransavtal med Korsnäs AB, enligt vilket Boliden förband sig att köpa hela elkraftsbehovet för en viss gruvanläggning under åren 1992 till och med 1996 av elleverantören Korsnäs. Leverantör enligt avtalet blev sedermera Fortum (tidigare Stockholm Energi AB och Birka Värme Stockholm AB). Enligt avtalet bestämdes elpriset utifrån en tariff. Till elleveransavtalet fogades standardavtalet EL AV-H-88 som i artikel 27 föreskrev att elpriset skulle justeras i enlighet med ändrade skatter och avgifter, det var alltså fråga om en s.k. prisövervärtringssklausul. Bakgrunden till tvisten var de två skattehöjningar på el som inträffade under år 1996 och som till

följd av artikel 27 i parternas avtal belastade Boliden men som bolaget inte ansåg sig betalningsskyldigt för. Boliden gjorde bl.a. gällande att artikel 27 i parternas avtal var ogiltig enligt 7 § konkurrenslagen (nu 2 kap. 6 § konkurrenslagen) och även enligt artikel 81.2 EG (nu Artikel 101.2 FEUF). I denna del byggde Bolidens talan på följande omständigheter. Fortum hade tillsammans med andra elleverantörer och medlemmar i branschföreningar på elmarknaden samverkat om elpriset genom att utarbeta, tillhandahålla och i övrigt verka för förevarande standardavtal och den däri intagna prisövervältringsklausulen. Klausulen reglerade konkurrenstridigt hur ändrade särskilda skatter och avgifter skulle påverka det avtalade elpriset. Detta samarbete var ett enligt 6 § konkurrenslagen (nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen) konkurrensbegränsande samarbete mellan företag som hade formen av ett samordnat förfarande. Standardavtalet EL AV-H-88 med den däri intagna prisövervältringsklausulen inkorporerades i parternas avtal som en direkt följd eller som ett led i detta förbjudna samarbete. Som hämtad från det nämnda förbjudna prissamarbetet var prisövervältringsklausulen i parternas avtal också förbjuden enligt 6 § konkurrenslagen (nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen) och därför ogiltig enligt samma lag. Fortum hävdade å sin sida att branschföreningarnas horisontella förfarande rörande standardavtalet EL AV-H-88 och den däri intagna artikel 27 inte var förbjudet enligt 6 § konkurrenslagen (nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen). Dessutom gjorde Fortum gällande att endast avtalsvillkor som i sig strider mot 6 § (nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen) kunde drabbas av ogiltighet enligt 7 § (nu 2 kap. 6 § konkurrenslagen) samma lag samt att förevarande klausul, som ingående i parternas elleveransavtal, inte omfattades av förbudet enligt 6 § (nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen).

5.2 HD:s bedömning

Det kan inledningsvis noteras att HD, i min mening felaktigt, inte ansåg att samhandelskriteriet var uppfyllt i den aktuella situationen varför HD avslog en begäran om inhämtande av förhandsbesked från EU-domstolen.

Vad som är viktigt att konstatera är att HD inte helt stängde dörren till att konkurrensrättslig ogiltighet kan föreligga i följdavtal utan uttalade att ”*Frågan torde inte heller kunna besvaras generellt utan bero bl.a. av vilken koppling som finns mellan det förbjudna avtalet och följdavtalet samt av vilken vikt som i det enskilda fallet skall ges åt det offentlighetsrättsliga intresset av en fungerande konkurrens.*” (s. 825).

HD fann dock inte att omständigheterna var sådana att ogiltighet skulle föreligga i det aktuella fallet. Domstolen uttalade bl.a. följande:

”Ett samarbete som det som resulterade i det nu aktuella standardavtalet ger inte i sig upphov till ett mellan deltagarna gällande avtal eller bindande beslut och därmed inte

Kartellavtal måste kunna anses konkurrensrättsligt ogiltiga i förhållande till tredje man

till sådana rättsliga verkningar att ogiltighet enligt 7 § konkurrenslagen [nu 2 kap. 6 § konkurrenslagen] kan följa. De konkurrensrättsliga påföljder som kan drabba dem som medverkar i ett förbjudet samordnat förfarande är konkurrensskadeavgift och skadestånd. Dessutom kan en pågående överträdelse av 6 § samma lag [nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen] stoppas genom ett åläggande av Konkurrensverket. Ett sådant åläggande stoppade branschföreningarnas samarbete med att utarbeta, tillhandahålla och verka för en senare version av förevarande standardavtal (EL 95 N), vad avser däri intagen prisjusteringsklausul.

Som framgått ovan är det enligt lydelsen av 7 § konkurrenslagen [nu 2 kap. 6 § konkurrenslagen] endast avtal eller avtalsvillkor som omfattas av förbudet i 6 § samma lag [nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen] som träffas av ogiltighet. Som utgångspunkt bör följaktligen det kravet uppställas att avtal eller avtalsvillkor i sig måste strida mot 6 § [nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen] för att träffas av ogiltighet. Omständigheterna i det nu aktuella fallet är inte sådana att det finns skäl att frånga det kravet. HD saknar således i detta sammanhang anledning att ta ställning till huruvida branschföreningarnas samarbete, som Boliden påstått, var förbjudet enligt 6 § konkurrenslagen [nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen].

Som ingående i parternas avtalsförhållande kan förevarande prisjusteringsklausul, betraktad isolerad, inte vara förbjuden enligt 6 § konkurrenslagen [nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen]. Den är alltså inte ogiltig enligt 7 § samma lag [nu 2 kap. 6 § konkurrenslagen].”

5.3 Kommentarer kring HD:s domskäl

Det finns ett antal uttalanden i HD:s domskäl som är värda att kommentera och i vissa fall kritisera. Dels för att analysera i vilka situationer HD kan tänkas komma till en annan slutsats och fastställa att konkurrensrättslig ogiltighet föreligger för hela eller delar av ett följdavtal, dels för att peka på det ologiska i resonemanget i vissa delar. I vissa delar gör jag en parallel med det i punkten 1 ovan angivna skiljedomsfallet för att visa på hur HD:s bedömning hade kunnat se annorlunda ut om omständigheterna hade varit annorlunda.

HD uttalade i Boliden-målet bl.a. att ”*Frågan huruvida ogiltighet enligt 7 § konkurrenslagen omfattar även s.k. följdavtal är omstridd i den juridiska litteraturen [...] Frågan torde inte heller kunna besvaras generellt utan bero bl.a. av vilken koppling som finns mellan det förbjudna avtalet och följdavtalet samt av vilken vikt som i det enskilda fallet skall ges åt det offentlighetsintresset av en fungerande konkurrens*” (s. 825). Som anges ovan öppnar således HD upp för att konkurrensrättslig ogiltighet skulle kunna föreligga vid följdavtal till konkurrensbegränsande avtal.

Frågan är således vilken koppling som fanns mellan det förbjudna avtalet och följdavtalet i Boliden-målet? Som anges ovan var den ifrågasatta prisöverföringsklausulen i Boliden-målet del av ett större följdavtal mellan parterna, vilket i sig inte byggde på ett avtal utan ett förbjudet samordnat förfarande (ett s.k. agreed document).

Det kan konstateras att i det ovan angivna skiljedomsfallet (se punkten 1 ovan) var det istället fråga om allmänna branschvillkor som i sig utgjorde hela följdavtalet. Det aktuella standardvillkoret i skiljedomsfallet innehöll en ansvarsbegränsning som var ett ensidigt standardavtal som hade upprättats av uppdragstagarens Y:s branschförening genom ett avtal. Ansvarsbegränsningen var ensidig för uppdragstagaren Y som var del i den aktuella ”branschkartellen” och drabbade således tredje man (dvs. Bolaget X) samtidigt som det var uppdragstagaren Y som rådde över sin egen vårdslöshet (dvs. den skada som uppkom pga. att uppdragstagaren Y inte fullgjorde sitt uppdrag i tid, och vilken skada Y sedan hävdade vara föremål för den aktuella ansvarsbegränsningen). Den aktuella klausulen kunde inte heller antas ha blivit resultatet av en individuell förhandling parterna emellan. Enligt min mening förelåg således en mycket starkare koppling mellan det konkurrensbegränsande avtalet och följdavtalet i ”skiljedomsfallet” än vad det gjorde i *Boliden*-målet vilket skulle kunna tala för att HD hade kunnat komma till ett annorlunda slut i en sådan situation.

Vad gäller det förhållandet att det var fråga om ett samordnat förfarande uttalade HD i NJA 2004 s. 804 att i det aktuella fallet kunde konkurrensrättslig ogiltighet inte komma i fråga eftersom det var fråga om ett icke-bindande samordnat förfarande. HD angav att:

”Ett samarbete som det som resulterade i det nu aktuella standardavtalet ger inte i sig upphov till ett mellan deltagarna gällande avtal eller bindande beslut och därmed inte till sådana rättsliga verkningar att ogiltighet enligt 7 § konkurrenslagen [nu 2 kap. 6 § konkurrenslagen] kan följa.”

Det är i denna del som jag anser att HD gör en logisk tankekurva i och med att detta innebär att följdavtal till kartellavtal – som ju typiskt sett består av samordnade förfaranden och inte avtal i konkurrensrättslig mening, även om det också kan vara fallet – aldrig skulle omfattas av konkurrensrättslig ogiltighet. Även om denna tankekurva har stöd i de svenska förarbetena till konkurrenslagen kan dessa som framgår ovan inte ha företrädare framför EU-domstolens praxis. Frågan är dock om HD hade kommit till ett annat slut om det hade varit fråga om ett bindande avtal som hade lett till framtagande av den aktuella prisövervältringsklausulen? Jag tror inte det utifrån sakomständigheterna men detta uttalande är i sig mycket viktigt eftersom det krävs mycket för att HD vid ett senare tillfälle skall frångå sin tidigare praxis.

Enligt min mening gör HD en ytterligare logisk kullerbytta då domstolen uttalar att *”Som ingående i parternas avtalsförhållande kan förevarande prisjusteringsklausul, betraktad isolerad, inte vara förbjuden enligt 6 § konkurrenslagen [nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen]. Den är alltså inte ogiltig enligt 7 § samma lag [2 kap. 6 § konkurrenslagen].”*

Enligt min mening innebär det att om denna princip skulle tillämpas även i framtida tvister så är det få följdavtal som skulle anses ogiltiga eftersom en klau-

sul som är konkurrensbegränsande konkurrenter emellan sällan blir det då den betraktas lösryckt i ett senare vertikalt led, t.ex. i ett leveransavtal, uppdragsavtal eller återförsäljaravtal. Att uppställa ett krav på att konkurrensbegränsningen skall vara konkurrensbegränsande även lösryckt ur sitt sammanhang i ett senare led ter sig därför inte rimlig.

En ytterligare faktor som HD avsåg avgörande vid bedömningen var *det offentlighetsrättsliga intresset av en fungerande konkurrens*. HD kommenterade dock aldrig uttryckligen detta kriterium.

En annan omständighet som inte framgår av HD:s domskäl men som får antas ha färgat bedömningen torde vara att HD troligtvis inte hade något medlidande med käranden, Boliden, som ville åsidosätta en prisövervärtringsklausul för att undgå en prishöjning pga. höjda skatter samtidigt som klausulen även kunde tolkas till förmån för Boliden om det var fråga om en skattesänkning. Klausulen får således anses väl avvägd. På så vis kan det tyckas mycket olyckligt att det enda mål som har prövats avseende konkurrensrättslig ogiltighet i Högsta domstolen byggde på så pass dåliga faktiska förutsättningar där Boliden framstår som girigt då det annars snarast får anses vara legio att prisövervärtringsklausuler som den aktuella är acceptabla parterna emellan. Att detta får antas vara HD inställning framgår inte i den konkurrensrättsliga prövningen men väl i dess prövning enligt 36 § avtalslagen:

”I detta sammanhang framstår inte klausulens riskfördelning av prisförändringar till följd av skatter och avgifter som någon snedbelastning, särskilt som klausulen skulle kunna föranleda såväl en sänkning som en höjning av priset och då ingen av parterna förfogar över eventuella förändringar av skatter och avgifter” (s. 825).

6. SVEA HOVRÄTTIS AVGÖRANDE I ALIS-MÅLEN

6.1 Bakgrund

Som framgår nedan har Svea hovrätt haft anledning att nyligen pröva frågan om konkurrensrättslig ogiltighet och kom då till slutsatsen att konkurrensrättslig ogiltighet förelåg i det aktuella fallet vilket innebar att käranden, ALIS, inte ansågs ha talerätt att yrka ersättning för käranden, Mediearkivets, upphovsrättsliga användning av tidningsartiklar.

Bakgrunden i målet var följande. Käranden, ALIS, är en ideell förening som bildades år 1995 av intresseorganisationerna Läromedelsförfattarnas Förening, Svenska journalistförbundet, Sveriges Dramatikerförbund och Sveriges Författarförbund. ALIS har till uppgift att tillvarata dramatikers, författares, översättares och journalisters upphovsrättsliga intressen i enlighet med upphovsrättsavtal mellan respektive intresseorganisation och upphovsmän/rättighetshavare, eller genom avtal direkt med ALIS, avseende förvaltningen av upphovsrätten till upphovsmannens offentliga/utgivna verk. I ALIS förvaltningsuppdrag ingår att

träffa avtal om nyttjande av verken samt att inkassera och fördela ersättningen för sådant nyttjande. I uppdraget ingår också att övervaka att intrång inte sker i sådana rättigheter som ALIS förvaltar samt att beivra intrång. ALIS har förvaltningsuppdrag från ca 3000 upphovsmän och rättighetsinnehavare inom det litterära området. Totalt på området finns ca 20 000 rättighetshavare. ALIS ville dock inte upplysa om vilka upphovsmän föreningen företrädde och förhandlade endast om individuella avtal.

Svaranden, Medicarkivet, förvaltar en Internetbaserad informationsdatabas, som innehåller redaktionellt, tidigare publicerat material från tidningar, nyhetsbyråer och andra medieföretag. Medicarkivet säljer abonnemang som möjliggör sökning bland de artiklar som ingår i databasen. För varje text som abonnenten tar del av tar Medicarkivet ut ytterligare ersättning, utöver abonnemangsavgiften.

De speciella omständigheter under vilka ALIS verkade innebar att ALIS ansågs agera i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i konkurrenslagen genom sina anslutningsavtal. Det kan redan inledningsvis konstateras att ALIS verksamhet skiljer sig från andra traditionella upphovsrättsorganisationer som STIM och Bonus Presskopia. Tingsrätten noterar bl.a. följande:¹⁵

”Till skillnad från t.ex. STIM och Bonus Presskopia har ALIS enligt egna uppgifter 2 400 anslutna upphovsmän, vilket utgör en mycket liten del av nu aktuella rättighetsinnehavare. Man kan jämföra med ALIS stiftarorganisationer som tillsammans har över 20 000 medlemmar.

Licenser från t.ex. STIM lämnas på likalydande villkor och till förutbestämda tariffer med relativt blygsamma ersättningsbelopp per verksam användning. ALIS upplåtelser, å andra sidan, har gjorts mot betydande ersättningsbelopp, är påfallande få, har föregåtts av förhandlingar i varje enskilt fall och har inte avsett användning av ett större antal verk utan i det stora flertalet fall ett i sänder. Inte heller användningen av verken är standardiserad utan kan vara olika från fall till fall. ALIS är ingen collecting society i traditionell mening.

Till detta kommer att upphovsmännens upplåtelser till ALIS är exklusiva, vilket ytterligare förstärker den konkurrensbegränsande effekten av anslutningsavtalen. Rättighetsinnehavarna kan alltså inte kontrahera på egen hand vilket täpper till den sista möjligheten till priskonkurrens.”

Bakgrunden till de två tvisterna i ALIS-målen var följande. I mål nr FT 7415-08 hade ALIS stämt Medicarkivet för ersättning för utnyttjande av en artikel av Johanna Glad i tidningen Västerbottens-Kuriren. Artikeln hade överförts från tidningen till Medicarkivets databas. Våren 2004 tecknades avtal mellan å ena sidan ALIS, Sveriges Författarförbund, Svenska Journalistförbundet, Sveriges Dramatikerförbund och Sveriges Läromedelsförfattares Förbund, och å andra

¹⁵ Se s. 10–11 i Stockholms tingsrätts domar, mål nr FT 27829-06 och FT 2875-06, av den 26 augusti 2008.

sidan Mediearkivet, om nyttjande av frilanstexter på Internet t.o.m. den 31 december 2004. Verket omfattades av avtalet. Efter den 31 december 2004 hade det inte funnits något avtal mellan parterna.

I det parallella målet FT 7412-08 hade ALIS stämt Mediearkivet för ersättning för utnyttjande av den svenske poeten Gunnar Ekelöfs verk. Borås Tidning publicerade den 23 mars 2002 – olovligen – Gunnar Ekelöfs dikt ”O död”. Samma dag överfördes verket till Mediearkivets databas. Vid den tidpunkten gällde mellan bl.a. ALIS och Mediearkivet ett avtal om nyttjande av frilanstexter på Internet. Avtalet, som omfattade texten innehållande Gunnar Ekelöfs ovan nämnda dikt, upphörde att gälla den 31 december 2004.

ALIS yrkade dels skäligt vederlag om totalt 7 952 kr jämte ränta respektive 10 197 kr jämte ränta avseende utnyttjandet av de upphovsrättsligt skyddade verken, dels ersättning för annan förlust.

De yrkade beloppen avseende skälig ersättning motsvarar enligt ALIS vad Mediearkivet skulle ha fått betala för att få en licens att utnyttja verket på det sätt som skett.

Mediearkivet bestred ALIS rätt till ersättning. Som grund angavs att upphovsrättshavarnas anslutningsavtal med ALIS var ett led i ett konkurrensbegränsande avtal eller samordnat förfarande mellan till ALIS anslutna frilansjournalister och andra till ALIS anslutna frilansjournalister och andra rättighetshavare i egenskap av företag i strid med 6 § konkurrenslagen (nu 2 kap. 1 § konkurrenslagen). De avtal varigenom upphovsmän och övriga rättighetshavare ansluter sig till samarbetet hävdades därför vara ogiltiga enligt 7 § konkurrenslagen (nu 2 kap. 6 § konkurrenslagen) och förutsättningarna för undantag enligt 8 § konkurrenslagen (nu 2 kap. 2 § konkurrenslagen) eller artikel 81.3 EG (nu Artikel 101.3 FEUF) var inte uppfyllda. Avgörande för undantagsfrågan hävdades vara om organisationen ifråga representerade i princip alla relevanta rättighetsinnehavare. ALIS hade enligt egna uppgifter 2 400 anslutna upphovsmän, vilket utgjorde en mycket liten del av de aktuella rättighetsinnehavarna, där det kan jämföras med ALIS stiftarorganisationer som tillsammans hade över 20 000 medlemmar. Mediearkivet hävdade därför att ALIS saknade rätt att företrädade i målen aktuella rättigheterna. Mediearkivet angav vidare att någon skyldighet att utge skäligt vederlag eller ersättning för lidande och annat förfång inte förelåg eftersom ALIS trots uppmaningar därtill hade vägrat att medverka till att identifiera sådant material i Mediearkivet som enligt ALIS uppfattning var oklarerat eller eljest vidta åtgärder som kunde göra det möjligt för Mediearkivet att radera sådant material.¹⁶

Utifrån att det är otillåtet för konkurrenter att direkt eller indirekt fastsälla inköps- eller försäljningspriser prövade Svea hovrätt skäligheten av det vederlag

¹⁶ Se s. 4 i Stockholms tingsrätts domar, mål nr FT 27829-06 och FT 2875-06.

som ALIS begärde av Medicarkivet. Mot bakgrund bl.a. av HD:s dom den 5 mars 2010 i mål nr T 3440-08 där skälig ersättning för ett fotografi som under viss tid varit tillgängligt för allmänheten på Internet ansågs vara 400 kr fann hovrätten sammantaget att de ersättningsnivåer som ALIS tillämpat framstod som alltför höga.¹⁷

Enligt hovrätten utgjorde såväl anslutningsavtalen mellan ALIS och stiftarorganisationerna respektive rättighetshavarna som fastställandet av prisnivåerna avtal i konkurrensrättslig mening. Hovrätten delade ALIS synpunkt att dess existens som kollektiv rättighetsförvaltare i sig inte kunde angripas med stöd av konkurrensrätten men understök att vad hovrätten hade att pröva var bl.a. huruvida *utövandet* av den kollektiva förvaltningen – däri inbegripet anslutningsavtalen – kunde angripas konkurrensrättsligt.¹⁸

Efter att ha konstaterat att det var fråga om ett konkurrensbegränsande avtal fann hovrätten följande vad gäller frågan om konkurrensrättslig ogiltighet.¹⁹

Hovrätten härledde inledningsvis rätten till att yrka ogiltighet av ett följd-avtal till EU-domstolens praxis:

”Följden av en otillåten konkurrensbegränsning är att avtalet är ogiltigt, se artikel 101(2) i fördraget respektive 7 § konkurrenslagen [nu 2 kap. 6 § konkurrenslagen]. Den svenska regeln om ogiltighet har utformats med den EG-rättsliga regeln som förebild. I det av tingsrätten noterade rättsfallet anges bl.a. att syftet med fördragets ogiltighetsregel är att den inre marknaden ska kunna fungera, att ogiltigheten kan åberopas av tredje man och att ogiltigheten kan beröra alla verkningar av avtalet eller beslutet såväl bakåt som framåt i tiden (C-453/99, Courage mot Crehan m.fl. Rättsfallsamling 2001 s. I-06297, p. 20 och 22).”

¹⁷ Se s. 7 i hovrättens domar, mål nr FT 7412-08 och FT 7415-08.

¹⁸ Se s. 5 i hovrättens domar, mål nr FT 7412-08 och FT 7415-06. Sammanfattningsvis uttalade hovrätten följande avseende konkurrensbegränsningen. Försäljningssamarbetet mellan rättighetshavarna blev verklighet genom att de anslöt sig till ALIS, direkt eller genom en stiftarorganisation. ALIS i sin tur tillämpade för höga ersättningsnivåer. Även om detta kunde tänkas gynna rättighetshavarna så gynnade det inte konsumenterna. Avtalen möjliggjorde dessutom att endast ALIS ägde rätt att upplåta licenser till en slutkonsument. En sådan förhandlingsposition skulle i och för sig kunna ha accepterats dels om slutkonsumenten kunde få en licens på ett större antal verk, dels om detta skedde till ett rimligt pris. Ingen av dessa förutsättningar var enligt hovrätten i praktiken uppfyllda beträffande ALIS och dess tillämpning av anslutningsavtalen. Därtill kom att ALIS inte hade lämnat information om vilka rättighetshavare en eventuell masslicens skulle innefatta, vilket ytterligare förstärkte bilden av att ALIS agerande störde en sund konkurrens. Anslutningsavtalen ansågs därför medföra en otillåten påverkan i konkurrensrättsligt hänseende genom att priserna sattes för högt, att utbudet begränsades samt att konsumenten inte fick en skälig del av den vinst som eventuellt uppnåddes genom ALIS kollektiva förvaltning. Hovrätten fann därmed att Medicarkivet hade visat att anslutningsavtalen och tillämpningen av dessa såväl till syfte som till effekt innebar en konkurrensbegränsning i den mening som avses i Artikel 101(1) FEUF respektive 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Genom det ovan anförda fann hovrätten vidare att ALIS inte hade förmått visa att något undantag var tillämpligt enligt Artikel 101(3) FEUF respektive 2 kap. 2 § konkurrenslagen.

¹⁹ Se s. 10 i hovrättens domar, FT 7412-08 och FT 7415-08.

Kartellavtal måste kunna anses konkurrensrättsligt ogiltiga i förhållande till tredje man

Hovrätten hänvisade därefter till Boliden-målet som ett stöd för att ogiltighet kan föreligga i det enskilda fallet²⁰:

”Beträffande svensk rätt har Högsta domstolen gett uttryck för den principiella utgångspunkten att något generellt svar inte kan ges på frågan om handlingar som strider mot lagstadgade och ofta straffbelagda förbud ska anses ogiltiga. Frågan om ogiltighet får besvaras från fall till fall med beaktande av bl.a. syftet med förbudet (NJA 1992 s. 717). Högsta domstolen har vidare uttalat att det offentlighetsintresset av en fungerande konkurrens utgör en omständighet vid prövningen av ogiltighetsfrågan (NJA 2004 s. 804).”

Hovrätten analyserade därefter på vilket sätt ogiltigheten kunde göras gällande i de aktuella målen. De höga ersättningsnivåer som ALIS yrkade till följd av sin talerätt förefaller ha haft stor betydelse vid prövningen²¹:

”Det är klarlagt i målet att ALIS härleder sin rätt att föra talan om intrång från 5 § i anslutningsavtalen. Det är således inte fråga om någon sedvanlig rättegångsfullmakt utan istället om en exklusiv rätt för ALIS att i eget namn vid domstol föra talan om ersättning på grund av upphovsrättsintrång. Det är vidare ostridigt att ALIS äger rätt att närmare bestämma ersättningens storlek enligt 6 § i avtalen. Det är genom anslutningsavtalen som prissamarbetet förverkligas. Rättighetshavarna ger därigenom upp sin rätt att själva påverka priset genom att de inte längre kan träffa avtal. Konkurrensbegränsningen blir särskilt tydlig då ALIS i flera mål fortsatt att yrka nyttjandeersättningar på alltför höga nivåer trots att dessa nivåer tillbakavisats av domstolarna. Enligt hovrätten kan detta agerande med fog uppfattas som att ALIS vill förmå Mediearkivet såväl som andra licenstagare att teckna avtal på villkor som för licenstagarna är mindre förmånliga. Mot den bakgrunden finner hovrätten att den i avtalet stadgade rätten för ALIS att föra talan om intrång är så nära knuten till det otillåtna prissamarbetet att ogiltigheten bör anses träffa ALIS talerätt i nu aktuellt mål. Tingsrättens domslut ska därför fastställas.”

I aktuellt fall träffade således ogiltigheten följdavtalet i form av att ALIS därmed förlorar sin talerätt för upphovsrättsintrång. Varken tingsrätten eller hovrätten gjorde någon mer ingående prövning där de diskuterar hur omständigheterna skiljde sig åt från Boliden-målet. Domstolarna argumenterade istället för att följdavtalens ogiltighet följde direkt av EU-domstolens praxis och att även Boliden-målet ger att ogiltighet kan föreligga i det enskilda fallet. Tyvärr ger domarna i ALIS-målen inte någon närmare ledning för vidden av ogiltigheten eller svar på frågan om ogiltighet i förhållande till ett samordnat förfarande. Tingsrätten antyder i sina domar att frågan om vidden av ogiltigheten skulle prövas i etthängiggjort men inte avgjort mål. I det målet, mål nr T 11161-07, *Retriever Sverige ./. Administration av litterära rättigheter i Sverige, ALIS*, dom av den 30 november 2010 medgav dock svaranden talan varför tingsrätten

²⁰ Se s. 10–11 i hovrättens domar, FT 7412-08 och FT 7415-08.

²¹ Se s. 11 i hovrättens domar, FT 7412-08 och FT 7415-08.

inte gjorde någon prövning i sak avseende omfattningen av ogiltigheten varför denna fråga fortfarande är obesvarad.

7. AVSLUTANDE KOMMENTARER – KONSEKVENSER OM KONKURRENSBEGRÄNSANDE AVTAL INTE KAN ANSES VARA OGILTIGA I FÖRHÅLLANDE TILL TREDJE MAN

Som framgår ovan anser jag att det finns stöd i EU-rättslig praxis för att svenska domstolar i en kommande prövning skall komma till ett annat slut än HD i Boliden-målet. Som noteras ovan öppnar HD även upp för att så skulle kunna vara fallet beroende på omständigheterna, även om detta är en öppning som har kommenterats föga i doktrinen men som nu bekräftas av Svea hovrätt i ALIS-målen, i vart fall när det är fråga om ett konkurrensbegränsande avtal. Som framgår ovan ger dock EU-domstolens praxis för att ogiltighet av följdavtal skall föreligga även då dessa grundas på ett samordnat förfarande och inte ett avtal.

Om HD:s praxis skulle upprätthållas och det inte skulle vara möjligt att ogiltigförklara ett följdavtal som bygger på ett samordnat förfarande skulle detta få absurda konsekvenser i många fall.

Det är mycket vanligt att kommersiella tvister prövas i skiljenämnd och inte i allmän domstol. Det är enbart möjligt att föra talan om konkurrensrättens civilrättsliga verkningar i ett skiljeförfarande enligt 1 kap. 3 § lag om skiljeförfaranden. Även om det redan idag finns en möjlighet att föra en skadeståndstalan på konkurrensrättslig grund enligt 3 kap. 25 § konkurrenslagen²² kan en sådan process (som avgörs i ett offentligt treinstansförfarande) inte alltid anses vara processekonomiskt lämplig, särskilt med tanke på att parterna högst troligt är bundna av ett skiljeavtal – såsom är vanligt i kommersiella avtal – och den aktuella tvisten med stor sannolikhet innehåller även andra grunder som rätteligen bör prövas inom ramen för samma process, dvs. skiljeförfarandet. Ett skiljeförfarande har ju även den fördelen att det kan vara konfidentiellt. Tvingas käranden att stämma i allmän domstol får ju detta konsekvensen att hela förfarandet risker att komma till konkurrenters och tredje mans kännedom i enlighet med offentlighetsprincipen.

Jag vill med ett ytterligare exempel illustrera det absurda i konsekvensen av om konkurrensbegränsande avtal inte är ogiltiga i förhållande till tredje man. Ta som exempel en priskartell inom elbranschen där priset höjs med X öre/

²² För ytterligare information om skadeståndstalan se bl.a. Helene Andersson och Elisabeth Legnerfält (nu Eklund), Skadestånd vid brott mot konkurrensreglerna – ligger svensk lagstiftning i framkant?, ERT 2009 s. 295.

kWh. Såsom i flertalet karteller sker prishöjningen till följd av ett samordnat förfarande. Kunderna sitter i långa exklusiva avtal och kan därför inte vända sig till andra leverantörer utan att begå avtalsbrott.

I och med att elavtalen mellan elbolagen och dess kunder är följdavtal är det enligt NJA 2004 s. 804 inte möjligt att för kunderna att väcka talan för att ogiltigförklara avtalen utan de måste under en längre tid fortsätta betala kartellpriserna. Det enda remediet för kunderna är att fortsätta att betala kartellpriser och ansöka om skadestånd om ett antal år och hoppas på att få tillbaka pengarna. Det kan inte gärna vara detta som lagstiftaren har menat. Låt oss hoppas att denna fråga än en gång kommer upp till domstolsprövning och att tydligare överrättspraxis kan utvecklas.